

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala IV

Copiado a Folio 94/99 Tomo XLL-S

Salta 22 Abril de 2020.

_____Salta, 22 de Abril de 2020._____

_____ **Y VISTOS:** estos autos caratulados "**C. B., I. N. CONTRA T., S. POR ALIMENTOS**" - del Juzgado de primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia de Cuarta Nominacion, Expte. N° **611880/2017** de esta Sala Cuarta, y _____

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____ *La doctora Guadalupe Valdés Ortiz dijo:* _____

_____ *1) La relación sucinta de los antecedentes de la causa:* vienen estos autos a la alzada a fin de resolver el recurso de apelación impetrado a fs. 250 por la parte actora y a fs. 246 por la parte demandada, en contra de la sentencia obrante a fs. 236/239, que fijó la cuota alimentaria que debe pagar el progenitor, señor S. T., a favor de su hijo S.C.T., en el 25% de los haberes que percibe. _____

_____ Expresa la parte actora apelante a fs. 256/257 que corresponde elevar el porcentaje al 30%, que el mismo recaiga sobre el todo; como así también que, la financiación otorgada respecto de la diferencia resultante entre los alimentos provisorios y definitivos sea impuesta en menos cuotas. Por su parte, el apelante de fs. 261/267 alega que el porcentaje es elevado, que no se valora el pago de conceptos alimentarios en especie como ser el colegio y el club, que se ha tomado como obligación alimentaria conceptos que deben ser compartidos y que la cuota establecida no se corresponde con la realidad de las necesidades del menor. _____

_____ Conferido traslado de los memoriales, contesta la actora a fs. 276/277 y la demandada a fs. 265/267, solicitando el rechazo mutuo de los recursos. _____

_____ A fs. 292 dictamina la señora Asesora de Incapaces y lo propio hace el

señor fiscal a fs. 295/298. _____

_____ A fs. 299 se llaman autos para sentencia, pasando los autos a despacho conforme constancia de fs. 299 in fine. _____

_____ **II) La solución del caso**: a los fines de un mejor ordenamiento trataré separadamente las siguientes cuestiones:

_____ **II.a) - La insuficiencia del memorial del demandado**: la parte actora a fs. 236 acusa de insuficiencia al escrito de agravios de fs. 261/264. _____

_____ De la lectura del memorial advierto que en lo principal, los agravios allí vertidos sí tienen entidad suficiente como para justificar el análisis sobre una revisión del pronunciamiento de primera instancia. _____

_____ Así nuestra Corte Local recientemente ha dicho (Tomo 226: 839/858) que “Si el apelante individualiza, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada –como en este caso-, no procede declarar la deserción del recurso, por cuanto la gravedad de los efectos con que la ley sanciona la insuficiencia de la expresión de agravios, torna aconsejable aplicarla con criterio amplio favorable al recurrente.” _____

_____ **II.b) - La obligación alimentaria en la responsabilidad parental**: prescribe el artículo 658 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) que, como regla general, ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos; obligación que no se encuentra controvertida en autos más si su cuantificación por ambos progenitores la que ha sido estimada por la Jueza de Grado en el 25% del total de los haberes del demandado. _____

_____ **II.c) La falta de legitimación de la progenitora para reclamar por propio derechos**: la jurisprudencia tiene dicho que “...la legitimación para obrar es un requisito intrínseco de admisibilidad de la demanda. Esto supone que, para que el juez esté en condiciones de examinar la pretensión procesal en cuanto al fondo, es necesario que quienes de hecho intervienen en el

proceso como partes (actora o demandada) sean quienes deban figurar en ese proceso concreto asumiendo tal calidad (conf. Palacio, "Derecho Procesal Civil", T° I, n° 80). El examen del juzgador respecto de este requisito —así como de los demás requisitos intrínsecos de la pretensión deducida— debe ser efectuado aún cuando no se haya opuesto la defensa de falta de acción, la cual es susceptible de ser computada en cualquier etapa del proceso y verificada de oficio, dado que la falta de tal presupuesto procesal genera la improponibilidad subjetiva de la demanda —o de la defensa, en su caso—. Ella constituye una típica cuestión de derecho que, como tal, provoca la aplicación del principio "iura novit curia" que no encuentra óbice en aquél otro según el cual la jurisdicción del órgano ad quem se abre en función del alcance de la apelación (en el caso, el tema legitimatorio entró expresamente dentro de este alcance)...Así dentro del régimen procesal, la falta de legitimación para obrar puede ser opuesta como defensa o bien ser declarada de oficio por los jueces, pues éstos no pueden dejar de aplicar el derecho (conf. CSJTuc, sent. n° 794, del 13/10/97)"._____

_____Lo expuesto viene a colación por cuanto cuando los padres no conviven y el cuidado personal es compartido (sea alternado o indistinto), el progenitor conviviente no tiene legitimación para demandar por derecho propio por alimentos (salvo los atrasados) al otro progenitor pues sólo comparece en representación de su hijo (art. 661, inc. a], CCyC). (Legitimación del progenitor para demandar en representación del hijo al otro por alimentos en caso de cuidado personal compartido, Leonardi, Juan Manuel, Publicacion: www.saij.gob.ar, 7 de noviembre de 2019)._____

_____En consecuencia, dado que la señora I. N. C. B. se presenta a fs. 17 por sus propios derechos y en representación del menor SCT -lo que es mantenido a lo largo de las actuaciones e incluso ello surge del tenor de sus escritos donde hace referencias a su persona sin dar mayores detalles de cuál es la pretensión personal que fundamenta su comparecencia a juicio por sus propios derechos-, corresponde declarar su falta de legitimación para obrar._____

_____ **II.d) La regla general sobre que ambos progenitores tienen obligación alimentaria:** tanto a fs. 237 vta. como a fs. 238 la sentencia de grado ha fundamentado su decisión en el artículo 658 del CCyC, fundamento legal que tampoco ha sido cuestionado. _____

_____ Tal como comenta Marisa Herrera al analizar el articulado en cita “En primer lugar, se establece *la paridad de ambos progenitores respecto a la manutención de los hijos, condicionada a estrictos elementos objetivos* —tales como la condición y fortuna de cada uno de ellos— Es decir, si bien ambos progenitores se encuentran en el mismo lugar respecto a su condición de sujetos pasivos de esta obligación, las condiciones específicas de cada uno de ellos será la variable a considerar, junto con otras, para definir la extensión o intensidad de cumplimiento de tal obligación. Por lo pronto, aquello a lo que se refiere la norma es que el nivel de vida de los progenitores incide en forma directa en el de sus hijos, pues si bien las necesidades económicas pueden ser ilimitadas, los recursos suelen serlo.” (www.saij.gob.ar/.../CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf; en igual sentido puede verse a Alimentos y cuidado personal, Leonardi, Juan Manuel, Publicación: www.saij.gob.ar, de fecha 7 de febrero/2020; Mauricio Luis Mizrahi, "Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos", 2ª reimpresión, ed. Astrea, Bs. As. 2018, p. 365; Molina de Juan, Mariel F., "Alimentos a los hijos en el Código Civil y Comercial", Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 147 - LA LEY 20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1303/2015; SC MZA, 11/12/2013 "R. S. E. EN J° 35.877 R. S. E. EN J° 3.343/6/6 F. R., S.E. en autos N° 27.811/6 F. B., H. A. y S., E. R. p/ divorcio c. B., H. A. P/ inc. aumento de cuota/ inc. cas. JA 2014-I, Lloveras, Nora, en Bueres, Alberto J. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. 2, p. 770; Herrera, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. IV, p. 342, cap. IV). _____

_____ Así, la doctrina (véase artículo de doctrina citado de Leonardi)

destaca que una de las cuestiones que debe dejarse en claro cuando el cuidado es compartido, es que subsiste la posibilidad de reclamo alimentario por parte del progenitor de menores recursos. Veamos las pautas que ofrece el articulado para estos casos. Si el cuidado es compartido y los padres tienen:_____

- recursos semejantes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado (art. 666);_____

- recursos diferentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares;- los gastos comunes (colegio, salud, actividades deportivas, etcétera) deben ser solventados por ambos progenitores (art. 666) en proporción a sus recursos, conforme la regla general del art. 658. Yo agregaría en relación a estos últimos que a los fines de facilitar su pago es factible la fijación de una cuota cuya administración estará a cargo del progenitor que se ocupa mayormente de estas gestiones._____

_____Por eso es jurídicamente incorrecto afirmar que lo que define el tipo de régimen compartido "es el tiempo que tiene cada progenitor al hijo consigo"._____

_____Es que la obligación alimentaria general del artículo 658 del Cód. Civ. y Com. se mantiene, pero asume una correlación no con el tiempo que el hijo está con cada uno, sino con sus necesidades, así como con los ingresos de cada uno de sus padres. Esta idea prima en la norma en examen (art. 666, Cód. Civ. y Com.), en cuanto el que tiene "más" debe contribuir alimentariamente con el otro progenitor, cualquiera sea la modalidad del cuidado compartido, ya que está en juego beneficiar la vida y estabilidad del hijo. El criterio que define la procedencia y extensión de la cuota alimentaria en los casos de cuidado compartido es estrictamente objetivo, y está relacionado con el nivel patrimonial de cada uno de los progenitores. De este modo, y como verdadera novedad, se desliga de la obligación alimentaria la circunstancia de con quién convive el hijo.____

_____Esto me lleva a pensar que si ambos progenitores se encuentran obligados en paridad mal puede estimarse tajantemente la obligación respecto

de uno de ellos sin saber a cuánto es el ingreso mensual de ambos progenitores y a cuánto ascienden los gastos estimados y proporcionales del menor considerando el contenido que establece el artículo 659 del CCyC y, en su consecuencia, cuanto suma la cuota global que corresponde a ambos padres. Asimismo, si alguno de los progenitores pretende atenuar la cuantía de su obligación deberá oponer en tiempo y forma tanto al demandar como al ser demandado y probar esos “elementos objetivos” que permitan fundamentar un tratamiento diferenciado. Esto último no ha sucedido en autos por lo que estaríamos en la hipótesis de fijar una cuota a los fines de afrontar las necesidades del menor que su Señoría a fs. 238 las ha limitado a las “básicas”, criterio que no ha sido materia de apelación._____

_____Es una simple cuestión de números y prueba de dichas variables y respecto de lo cual tanto la demanda de fs. 17/18, la contestación de fs. 119/122 como la sentencia de fs. 237/238 omite toda mención. De la misma manera, no hay constancia alguna de audiencia celebrada en presencia del juez en donde se haya requerido a los padres que aclaren el panorama fáctico respecto a cada uno de ellos en lo que concierne a la situación planteada, ni a los gastos reales y proporcionales del menor, pues el principio de oficiosidad (fs. 709 CCyC) e inmediación (art. 706 primera parte CCyC) facultan -por no decir obligan- al magistrado a ello. Lo dicho no puede ser subsanado en esta instancia, por la razones de aislamiento que son de público conocimiento._____

_____No obstante los progenitores, sobre todo cuando su condición socioeconómica así se lo permite, como lo es el caso de autos, tienen la obligación de colaborar con el juez de familia aportando la totalidad de los hechos y prueba que a ellos concierne; pues así lo impone el obrar de buena fe y probidad que funda el ejercicio de cualquier derecho (art. 9 y art. 2 del CCyC)._____

_____En tal sentido las manifestaciones de la madre a fs. 276 vta. no se condicen con el comportamiento que requiere los nuevos paradigmas del derecho de familia. A más de ser totalmente contradictorio; pues, por un lado cita el principio de la artículo 710 del CCyC sobre la carga de la prueba

dinámica y por otro lado pretende la aplicación del artículo 386 de la ley de rito. En consonancia conforme la normativa de fondo basta preguntarse, quién estaba en mejor posición de aportar al proceso la prueba de los hechos de la situación patrimonial de la progenitora sino ella misma?_____

_____Bajo tales condiciones: buena fe y lealtad procesal de los padres en el establecimiento de sus respectivas posiciones y desarrollo de estrategias procesales junto con celebración de la/s audiencia/s con presencia personal del juez de familia ayudarán seguramente a arribar a un acuerdo voluntario; o, en su defecto, a establecer pautas claras para que la determinación razonable, la haga -finalmente ante la falta de consenso- el juez de familia._____

_____Poco de ello surge de las actuaciones que tengo a la vista, pues a fs. 17 únicamente se hace un cálculo de lo que la progenitora considera son los gastos del menor sin mayor aporte probatorio y sin realizar ningún cálculo proporcional de lo que es una obligación -reitero- a cargo de ambos cónyuges. Ello ha sido negado en su mayor parte a fs. 119/122 sin que el progenitor tampoco hiciera una mayor contribución para clarificar tal realidad._____

_____ **II.e) La condición y fortuna de ambos progenitores y la obligación alimentaria común en el sublite:** en función a los argumentos definidos en el párrafo anterior y con las limitaciones de jurisdicción que surgen del alcance de los recursos de las partes, tenemos que en el sublite ha quedado acreditado que el accionado es empleado de la Dirección General de Rentas y sobre el ***total*** de su ingreso ha sido establecido el porcentaje de su obligación (fs. 239 primer punto)._____

_____Al decir el fallo de grado, “el total” de lo haberes entiendo que -si bien tal término es un determinante indefinido- es de naturaleza absoluta que refiere a un todo, completo o entero. El mismo fallo, enfatiza tal entendimiento al establecer también que sólo puede descontarse “exclusivamente” los descuentos obligatorios por ley. En consecuencia entiendo que la pretensión de que el porcentual fijado se extienda a todos los ingresos ha quedado debidamente subsumido en el párrafo primero de la

sentencia que se impugna y no constituye verdaderamente un agravio de la actora a resolver._____

_____Asimismo, y siguiendo con el agravio conjunto de los recurrentes sobre la cuantía de la obligación alimentaria común, nada dijo la progenitora ni el fallo sobre los ingresos de la misma. El accionado ha manifestado que la madre del menor es trabajadora independiente en un centro de estética de su propiedad y convive con otra niña de una relación anterior, lo que no ha sido negado por lo que puede presumirse su veracidad. No obstante esta presunción nada clarifica sobre la realidad del ingreso de la madre en números. No habiendo ninguno de los padres alegado y probado menor recursos -elemento objetivo- hemos de estimar que ambos cuentan con ingresos son equivalentes._____

_____Ahora bien, dado que el aporte alimentario es común entre progenitores, paris pasu, a cargo de ambos padres, en la estimación de la obligación que le cabe a la progenitora debe tenerse presente el valor del cuidado que realiza sobre el niño._____

_____En tal sentido he de decir que siguiendo a la misma autora ya citada y tal como destaca el demandado “La importante novedad que introduce la primera parte de este artículo es separar el cuidado personal de la obligación alimentaria, pues ello funciona como una saludable alternativa que evita los reclamos de cuidado personal unilateral con la única intención de obtener o evitar las consecuencias de contenido económico. Sin embargo, y como no podía ser de otra manera, el desarrollo de las tareas de cuidado personal tiene un contenido económico y ello es valorado en el CCyC”._____

_____Así, lo ha entendido el legislador en tanto tal extremo podemos apreciarlo plasmado en la letra del art. 660, en cuanto expresa que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención._____

_____Aqui he de detenerme puesto que, tanto la progenitora al hacer el reclamo en representación del menor como la sentencia parecieran abstraer la obligación alimentaria común de la madre en la circunstancia de que el menor vive con ella, como era el régimen del anterior código y lo que es

expresamente modificado en la actual legislación. _____

_____ En relación a ello se ha dicho que el principio de igualdad entre hombre y mujer que receptan varios instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, la CEDAW, que en su artículo 16 se ocupa de la aplicación de este principio en todas las cuestiones relacionadas con los hijos, ha consolidado la idea de que la dedicación al cuidado de los hijos tiene un valor económico y que ello debe ser tenido en cuenta al resolver los conflictos referidos a este tema, siendo uno de ellos la obligación alimentaria. El Código reconoce de manera precisa que quien se queda a cargo del cuidado personal del hijo contribuye en especie al cumplimiento de la obligación alimentaria a su cargo. Esta consideración se deriva de la obligada perspectiva de género, por la cual se defiende la idea de que el trabajo en el hogar tiene valor económico y que ello debe estar expresamente contemplado. (Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado, Ricardo Luis Lorenzetti, Miguel F. De Lorenzo, Pablo Lorenzetti-Coordinadores, T. II, Autora: Herrerra, Marisa, p Proc. Civ. y Comercial). _____

_____ Junto con ello he de decir que el cuidado del menor por parte de la progenitora “conviviente” -en su mayor tiempo- si bien tiene un valor a los fines de la cuantificación de alimentos no deja de ser un derecho de quien la ejerce pues nadie puede desconocer el significado de ser quien convive principalmente con el hijo. Es el reverso, la otra cara de la moneda. Baste para ello verificar en el expediente lo reclamos del padre sobre la imposibilidad que el niño pernocte es su casa. Es evidente que en el caso, esta convivencia con la madre le ha otorgado un poder de decisión sobre el alcance del cuidado compartido. _____

_____ Retomando, tenemos que el cuidado tiene un valor que debe ser computado cuando se estima cuánto deben aportar ambos progenitores. En consecuencia, y dadas las particularidades del caso, se le asigna un valor parcial y limitado atendiendo la edad del niño (7 años) que su actividad -según constancia de autos se extiende al colegio y al club- que él mismo va a un colegio en jornada simple, que la organización de la vida doméstica cuenta con una empleada que colabora con las tareas, que el menor convive con una

hermana mayor y que concurre a un club a realizar deportes.____

_____En cuanto al porcentaje en que debe estimarse la obligación alimentaria común que cabe a ambos padres, y aun con la escasa información con la que se cuenta, entiendo que el porcentaje del 15 por ciento del total de los ingresos del padre sostenido fundadamente en el memorial a fs. 264 es adecuado para cubrir todas las necesidades “basicas” (criterio fijado a fs. 238 no cuestionado) que -reitero- proporcionalmente le corresponden al progenitor conforme el contenido referido en el artículo 659 del CCyC. Ello en especial consideración que dicho progenitor asume y mantiene en forma plena -así ha quedado demostrado en el expediente y de los dichos de ambos padres- el pago de la cuota del colegio y del club, actividades primordiales en la vida del menor que se integran como pago en especie del alimento (art 659 CCyC); cuestión no considerada en el fallo impugnado que modifica innecesariamente la modalidad de aporte que se viene produciendo respecto de esos dos rubros. En tal sentido, es dable destacar, por infundamentada, el reclamo de la madre que el niño va a ese colegio por decisión unilateral del padre pues es de público conocimiento que el prestigio de dicha institución educativa y no queda más que rescatar la conducta de un padre que concreta la tradición familiar de que su hijo concurra al mismo colegio que su padre. La guía de ambos padres y la de los magistrados ha de ser siempre el interés superior del niño y no posiciones personales._____

_____Lo expuesto es haciendo hincapié -reitero- a que estamos frente a una obligación alimentaria común, en donde la madre aporta proporcional y parcialmente con el cuidado del menor pero también debe concurrir proporcionalmente con las demás necesidades básicas, al decir del fallo de primera instancia (fs. 238 in fine). Fundamento que se comparta o no -reitero- no ha sido cuestionado._____

_____ Finalmente, no debe soslayarse que la obligación alimentaria es cambiante de acuerdo al desarrollo del menor y condición y fortuna de los progenitores; por ende, lo que aquí se decide no causa estado y podrá ser modificada en la medida que se produzca un cambio en las variables y elementos objetivos en que se fundamenta la presente decisión._____

_____ **II.f) Reliquidación de los alimentos adeudados**: el punto II de la sentencia a fs. 239 ha quedado firme en tanto no ha sido cuestionado en el memorial de fs. 261/264 ni siquiera tangencialmente. Ello así, considerando que el fallo de grado ha establecido un porcentual de alimentos definitivos mayor al establecido en la presente resolución, los agravios relativos a la financiación de la diferencia resultante se ha tornado abstracta en tanto no causa agravio el diferimiento del pago de 24 cuotas de una suma que sólo resulta exigible con fundamento en la cosa juzgada. _____

_____ **III) Las costas**: la jurisprudencia es conteste que en materia de alimentos no debe regirse irrestricto por el principio objetivo de la derrota, sino tener en mira no reducir la prestación alimentaria a favor del alimentado. Ello así, procede en esta instancia sean impuestas por su orden dada la forma y por los argumentos en que se resuelve la cuestión (art. 67 in fine de la ley de rito). _____

_____ Asimismo, conforme Acordada N° 12.062, corresponde disponer que los honorarios a regularse a los profesionales intervinientes por su actuación en esta instancia se calculen según artículo 15 de la ley 8.035, aplicando un cuarenta por ciento de lo que se regule en la primera instancia. _____

_____ ***El doctor José Gerardo Ruiz dijo:*** adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA CUARTA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, FALLA** _____

_____ **I - DECLARAR LA FALTA DE LEGITIMACIÓN** de la señora I. N. C. B. Sin costas. _____

_____ **II - HACER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE APELACIÓN DE FS.246**, y en su mérito, **MODIFICA EL PUNTO I** de la sentencia de fs. 239 y, en consecuencia, se fija como cuota mensual de la obligación alimentaria común a cargo del señor S. T. el 15% de la totalidad de los haberes que percibe con los alcances que surgen de los considerandos de la presente. Con costas por su orden. _____

_____ **III - NO HACER LUGAR** al recurso de apelación de fs. 250. Con costas por su orden. _____

_____ **IV - ESTABLECER** los honorarios de los profesionales intervinientes ante la alzada en el porcentual definido en los considerandos. _____

_____ **V - MANDAR** se protocolice, notifique y -previa vista al señor fiscal de cámara y la señora asesora de incapaces n 2, oportunamente bajen los autos al juzgado de origen. _____

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA CUARTA DE LA PROVINCIA DE SALTA. JUECES. DRA. Guadalupe Valdés Ortiz. Dr. José Gerardo Ruiz. Secretaria. Dra. Eugenia Maria Cornejo. Tomo XLL-S. Folio 94/99. 22/04/ 2020.